

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve électronique

Hubin, Jean-Benoît

Published in:

La preuve en droit privé : quelques questions spéciales

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Hubin, J-B 2017, La preuve électronique: développements récents et perspectives futures. Dans *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*. UB³, Numéro 64, Larcier , Bruxelles, p. 89-125.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La preuve électronique : développements récents et perspectives futures

JEAN-BENOÎT HUBIN

Assistant à l'Université de Namur et chercheur au Centre de recherche
Information, Droit et Société (CRIDS)
Avocat au barreau de Namur
Juge suppléant au tribunal de première instance de Namur



Introduction	90
Section 1. Les premiers procédés électroniques réglementés : l'écrit électronique et la signature électronique.....	92
Section 2. Les nouveaux procédés électroniques traités par le règlement eIDAS.....	112
Conclusion	124

INTRODUCTION

1. Présentation. La question de la preuve constitue un enjeu clé du procès civil. Il est fréquent que les parties en litige lui consacrent d'importants développements. L'avènement des nouvelles technologies, qui favorisent les échanges dématérialisés, et revisitent de ce fait les procédés probatoires, faisait présager l'émergence de nouvelles controverses juridiques questionnant le droit de la preuve. Le Code civil, qui consacre la prééminence de la preuve écrite, est en effet imprégné par la culture du papier⁽¹⁾ et de l'écrit manuscrit, ce qui rend plusieurs de ses dispositions manifestement obsolètes, en ce qu'elles sont peu adaptées à l'usage des moyens de communication actuels⁽²⁾.

Soucieux de cette situation, le législateur belge a adopté différentes dispositions, dès le début des années 2000, sous l'impulsion de directives européennes⁽³⁾, en vue de rendre notre droit civil compatible avec le développement du commerce électronique. Le droit de la preuve fut concerné par ces premières législations, qui visaient notamment, en donnant une assise légale à la théorie des équivalents fonctionnels, à rendre possible l'accomplissement des formalités probatoires prévues par le Code civil dans un univers dématérialisé.

Cependant, le nombre de litiges suscités par la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions légales est resté extrêmement limité⁽⁴⁾.

En dépit de cette tranquillité judiciaire apparente, de nouvelles initiatives législatives affectant le régime de la preuve électronique voient actuellement le jour.

Veillant à la mise en place d'un cadre permettant le développement des échanges électroniques au sein du marché intérieur, le législateur

(1) M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », in X, *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 15.

(2) K. GEENS, « Le saut vers le droit de demain », 6 décembre 2016, p. 58, disponible via https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/1480948535960/Justitieplan_Fr_aangepast.pdf.

(3) Il s'agit de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*J.O.C.E.*, L 13, 19 janvier 2000, pp. 12-20) et de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (*J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1-16).

(4) D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », in X, *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limai, Anthemis, 2013, p. 161.

européen a adopté le règlement eIDAS⁽⁵⁾ en 2014. Celui-ci a pour ambition de « susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques dans le marché intérieur en fournissant un socle commun pour des interactions électroniques sécurisées »⁽⁶⁾. Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Il pose le cadre légal applicable à différents types de procédés électroniques (la signature électronique, le cachet électronique, l'horodatage électronique ou le recommandé électronique) utilisés à des fins probatoires notamment.

La présente contribution proposera une analyse approfondie des concepts consacrés par le règlement eIDAS. Elle examinera également comment ceux-ci sont réceptionnés par le droit belge, suite à l'adoption de la loi du 21 juillet 2016 mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique⁽⁷⁾.

Parallèlement aux mesures européennes tendant à réglementer l'usage des services de confiance, des initiatives sont également adoptées, au niveau national, afin de réécrire les dispositions du Code civil consacrées au droit de la preuve, et ainsi leur permettre de faire leur entrée dans l'ère numérique. Dans cette perspective, le législateur français a récemment procédé à une révision importante du régime de la preuve des obligations⁽⁸⁾. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Elle intègre des concepts tels que ceux d'écrit électronique, de signature électronique et d'acte authentique électronique. Nous ferons régulièrement référence aux choix posés par le législateur français dans cet article.

La présente contribution a été finalisée au mois de décembre 2016, au moment où le ministre de la Justice annonçait qu'un avant-projet de loi

(5) Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.U.E.*, L 257 du 28 août 2014, pp. 73-114.

(6) Considérant n° 2.

(7) *M.B.*, 28 septembre 2016, p. 67478.

(8) Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 11 février 2016.

contenant un nouveau Code du droit de la preuve en matière civile serait présenté en début d'année 2017(9). Bien que le texte de cet avant-projet n'ait pas encore été divulgué, et qu'il ne puisse donc être commenté dans ces lignes, il est important de noter que le ministre de la Justice a souligné que le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale serait maintenu et étendu à toutes les transactions entre entreprises. Simultanément, le régime de la prééminence de la preuve écrite qui caractérise le droit commun de la preuve civile sera conservé, en intégrant une définition des notions d'écrit, de signature et de support durable, tenant compte de l'émergence des nouvelles technologies. Nous invitons le lecteur à être vigilant aux réponses que cette initiative pourra apporter aux questions suscitées par l'utilisation de procédés électroniques à des fins probatoires.

2. Plan. Notre contribution sera divisée en deux parties. La première section sera consacrée à l'examen des procédés électroniques (écrit électronique et signature électronique) réglementés dès le début des années 2000, qui constituent les caractéristiques essentielles de l'acte sous seing privé et de l'acte authentique. L'entrée en vigueur du règlement eIDAS, et les réflexions menées pour l'instant quant à une révision profonde des dispositions du Code civil consacrées au droit de la preuve conduisent à jeter un regard critique sur ce dispositif légal de première génération.

La deuxième section proposera un examen des nouveaux services de confiance envisagés par le règlement eIDAS. Il analysera la manière dont ces procédés électroniques peuvent impacter le droit belge de la preuve.

SECTION 1.

LES PREMIERS PROCÉDÉS ÉLECTRONIQUES RÉGLEMENTÉS : L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE ET LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

3. Prééminence de l'écrit. Le régime de preuve organisé par notre Code civil consacre une place prépondérante aux concepts d'écrit et de signature.

L'écrit signé – qu'il constitue un acte authentique ou un acte sous seing privé – reçoit une force probante élevée. Sauf exception, il est en effet indispensable pour rapporter la preuve de tout acte juridique d'une valeur

(9) K. GEENS, « Le saut vers le droit de demain », *op. cit.*, p. 58.

supérieure à 375 EUR ou pour prouver contre ou outre le contenu d'un autre écrit signé(10).

À un degré moindre, l'écrit peut constituer un mode de preuve imparfait, lorsqu'il prend la forme d'un commencement de preuve au sens de l'article 1347 du Code civil. Ce type d'écrit ne remplit pas les conditions pour être qualifié d'acte authentique ou d'acte sous seing privé, à défaut en général d'avoir été signé. À condition d'émaner de la partie contre laquelle on s'en prévaut et de rendre vraisemblable les éléments allégués, le commencement de preuve par écrit a néanmoins pour effet de rendre la preuve par témoignages ou présomptions possible.

Enfin, l'écrit dépourvu de signature peut être utilisé à titre de simple présomption, abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat, lorsque ce mode de preuve est admis.

La présente section examinera la portée des notions d'écrit et de signature dans l'univers électronique, en envisageant leur application sous le prisme de l'acte sous seing privé et de l'acte authentique.

§ 1. L'acte sous seing privé électronique

a) L'écrit électronique

4. Absence de définition légale. Malgré son importance, les rédacteurs du Code civil n'ont donné aucune définition au concept d'écrit, auquel ils ont d'ailleurs préféré le terme acte(11). L'emploi de l'écrit dans son sens commun fit consensus pendant de nombreuses décennies, jusqu'à ce qu'il soit nécessaire de s'entendre sur son usage en dehors de l'univers papier.

Selon une des premières propositions de la doctrine, l'écrit est une technique qui consiste à fixer le langage par des signes intelligibles pour autrui(12). Complétant cette définition, le Professeur Fontaine, qui fut un des premiers auteurs belges à s'intéresser à la définition des notions d'écrit et de signature, ajoute que le concept d'écrit implique l'existence d'un support, qui le fixe, quelle que soit la forme de ce support(13).

(10) Art. 1341 C. civ.

(11) Projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 2141/1, p. 7.

(12) R. ABRAHAM, « La preuve civile par magnétophone », *J.T.*, 1963, p. 585.

(13) M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in X, *Actes du colloque sur La Preuve des 12 et 13 mars 1987*, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1987, p. 8.

Rejoignant les auteurs de doctrine, le législateur français a fait le choix de combler la lacune laissée par les rédacteurs du Code civil en proposant une définition de la notion d'écrit et en précisant expressément, par ailleurs, les conditions auxquelles un document électronique peut être assimilé à un écrit. C'est ainsi que le nouvel article 1365 du Code civil français définit désormais l'écrit comme « une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support » et que le nouvel article 1366 précise qu'un écrit électronique « a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

En Belgique, par contre, la notion d'écrit ne s'est pas encore vue attribuer de définition légale. Ceci résulte d'un choix du Parlement, qui a estimé, au début des années 2000, qu'il était préférable de ne pas toucher à celle-ci, afin de ne pas devoir introduire de nouveaux concepts dans le Code civil (14).

Cette conception du législateur semble aujourd'hui révolue. Le Gouvernement songe en effet à introduire prochainement une définition de la notion d'écrit dans le Code civil (15).

5. Théorie des équivalents fonctionnels. Bien qu'il n'ait pas souhaité le définir jusqu'à présent, le législateur belge ne s'est pas totalement désintéressé du statut de l'écrit. Il s'est en effet attelé à en identifier les fonctions. C'est ainsi que dans les travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (16), notre législateur a mis en évidence les caractéristiques de l'écrit : inaltérabilité, lisibilité et stabilité (17).

Comme l'a exposé la doctrine, dans l'environnement traditionnel, plusieurs de ces fonctions – inaltérabilité et stabilité – sont liées au support papier utilisé pour véhiculer l'écrit, plutôt qu'à l'écrit en tant que

(14) Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 38/006, p. 7.

(15) K. GEENS, « Le saut vers le droit de demain », *op. cit.*, p. 59.

(16) *M.B.*, 22 décembre 2000, p. 42698.

(17) Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 38/006, p. 7. Ces fonctions sont également énoncées dans le Projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-99, n° 2141/1, pp. 7-8.

tel (18), ce qui rend difficile la comparaison entre écrit manuscrit et écrit électronique. C'est la raison pour laquelle, dans la définition proposée à l'article 1365 du Code civil, le législateur français définit l'écrit en faisant exclusivement référence à sa fonction de lisibilité. L'article 1366, pour sa part, lie la fonction d'inaltérabilité à l'écrit électronique et fait une distinction, sur ce point, avec l'écrit sur support papier.

À défaut de suivre la voie prise en France, le législateur belge s'en remet pour l'instant à la théorie dite des équivalents fonctionnels pour déterminer si les procédés utilisés dans l'environnement numérique peuvent correspondre aux exigences formelles liées à l'écrit papier. Selon cette solution, qui tire parti de la « providentielle imprécision des concepts de base » (19), toute exigence de forme doit être appréhendée à la lumière des fonctions qu'elle remplit, ce qui doit conduire à considérer que ladite exigence est rencontrée par tout moyen technique permettant d'atteindre ces fonctions. Elle permet de conclure à l'équivalence entre des procédés employés dans l'univers numérique et dans l'environnement traditionnel, dès lors qu'ils ont les mêmes effets et sont interchangeables (20).

La théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée à l'article XII.15 du Code de droit économique. Cette disposition – qui figurait initialement à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects de la société de l'information (21) – assure la transposition de l'article 9 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique (22), qui a imposé aux États membres de veiller « à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ». Afin de satisfaire à cette obligation, le législateur belge devait adopter une disposition adaptant toute caractéristique du formalisme contractuel, en ce compris les exigences propres au formalisme probatoire (23), à la réalité des transactions électroniques.

(18) M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in X, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, coll. Cahiers du CRID, vol. 23, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 176 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 124 ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil », *Ubiquité*, 2000, p. 123.

(19) M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, p. 40.

(20) H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 341.

(21) *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12962.

(22) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000, pp. 0001-0016.

(23) M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, p. 154 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 348-349 ; D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles

L'article XII.15 du Code de droit économique contient une clause transversale générale, en vertu de laquelle « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Il énonce également trois applications particulières de la théorie des équivalents fonctionnels, qui visent son application aux concepts d'écrit, de signature et de mention écrite manuscrite, en identifiant les fonctions propres à ces trois types d'exigences formelles.

S'agissant plus spécifiquement de l'écrit, l'article XII.15 du Code de droit économique stipule que « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette disposition consacre les fonctions de lisibilité et de stabilité de l'écrit(24), déjà annoncées dans les travaux préparatoires de la loi du 20 octobre 2000. Elle rejette par contre la condition d'inaltérabilité, qui est la fonction la plus difficile à rencontrer pour un procédé électronique(25). De cette manière, nombre de procédés électroniques peuvent constituer des écrits dans un contexte probatoire(26).

Complétant l'article XII.15, l'article XII.16 du Code de droit économique exclut l'application de la théorie des équivalents fonctionnels à quatre types d'engagements contractuels. Cette exclusion s'applique principalement aux contrats nécessitant le recours à un acte authentique, dont notamment les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location.

L'exclusion de ces contrats résulte du choix du législateur belge d'exercer une faculté qui lui était laissée par l'article 9, § 2, de la directive 2000/31. La preuve de ces contrats échappant à l'application de la théorie des équivalents fonctionnels, elle doit être rapportée en respectant le principe de la prééminence de l'écrit papier consacré par l'article 1341

technologies », *op. cit.*, p. 164 ; I. SAMOY et A.-S. HOUTMEYERS, « Over de verkoop van een onroerend goed via e-mail of sms: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid », *T. Not.*, 2014, p. 331 ; J. CALLEBAUT, « Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning », *R.G.D.C.*, 2014, p. 123.

(24) F. MOURLON BEERNAERT, « La preuve de la vente », in X, *Manuel de la vente*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 159 ; S. MEYS, « Sms kan begin van bewijs door geschrift uitmaken », *R.W.*, 2014-2015, p. 263.

(25) D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil », *op. cit.*, p. 125.

(26) D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 161 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Vers une définition de l'écrit en droit des obligations », in X, *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 591.

du Code civil. On peut s'interroger sur la pertinence de maintenir ce type d'exclusion, à l'heure où l'article 46 du règlement eIDAS contient un principe de non-discrimination en vertu duquel la recevabilité d'un document électronique comme preuve en justice ne peut être refusée au seul motif que ce document se présente sous une forme électronique(27). On relèvera que le législateur français, pour sa part, n'a pas conservé l'exclusion que permettait la directive 2000/31.

b) La signature électronique

6. Présentation du cadre légal. La signature est le complément de l'écrit, qui permet de conférer à un acte son « authenticité »(28). Elle matérialise l'engagement de son auteur, en identifiant celui-ci et en marquant son adhésion au contenu de l'écrit(29). De cette manière, la signature permet de distinguer l'acte authentique et l'acte sous seing privé, d'une part, du commencement de preuve par écrit, voire des présomptions, d'autre part, qui se caractérisent généralement par un déficit de signature.

Pas plus que l'écrit, la signature n'a reçu de définition en 1804. Néanmoins, à la différence du concept d'écrit, le législateur européen s'est attaché, dès la fin des années 1990, à mettre en place un cadre juridique pour l'usage des procédés électroniques utilisés à titre de signature(30). L'adoption de la directive 1999/93/CE sur les signatures électroniques cherchait à faciliter l'utilisation des signatures électroniques et à contribuer à leur reconnaissance spécifique, afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur(31). Elle fut transposée en droit belge dans deux législations distinctes :

- la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification(32). Cette législation a introduit les concepts de signature électronique et de signature électronique avancée dans le droit

(27) Sur cette question, voy. H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, coll. CRIDS, vol. 39, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 117-118.

(28) M. VAN QUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », *R.C.J.B.*, 1985, p. 68.

(29) M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, p. 10 ; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », *op. cit.*, p. 166.

(30) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13 du 19 janvier 2000.

(31) Art. 1^{er} de la directive 1999/93/CE.

(32) *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070.

belge. Elle a désormais été abrogée, suite à l'adoption du règlement eIDAS ;

- la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire⁽³³⁾. Elle a ajouté un deuxième alinéa à l'article 1322 du Code civil, qui définit les conditions auxquelles, d'un point de vue probatoire, une signature électronique est réputée satisfaire aux exigences d'une signature manuscrite.

L'article XII.15 du Code de droit économique renvoie à ces législations lorsqu'il applique le principe des équivalents fonctionnels à la signature. Il précise en effet que l'exigence d'une signature est satisfaite en cas d'usage d'une signature répondant aux conditions fixées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ou en cas d'utilisation d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3, 12°, du règlement eIDAS.

Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016, le règlement eIDAS a remplacé la directive 1999/93/CE en vue d'instaurer une confiance accrue dans les transactions électroniques au sein du marché intérieur. Il distingue trois types de signatures électroniques, en fonction de leur niveau de sécurité et de fiabilité. Il s'agit de la signature électronique que l'on qualifie de « signature électronique ordinaire », de la signature électronique avancée et de la signature électronique qualifiée.

7. Signature électronique ordinaire. La signature électronique ordinaire désigne « des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer »⁽³⁴⁾. Cette formulation diffère de celle de la directive 1999/93/CE, qui voyait dans la signature électronique une méthode d'authentification⁽³⁵⁾. Le législateur européen laisse donc désormais aux États membres le soin de préciser ce que recouvre le terme « signer ».

Comme cela a été exposé ci-dessus, dans le cadre d'une analyse basée sur la théorie des équivalents fonctionnels, la doctrine a mis en évidence les deux fonctions que poursuivait la signature, à savoir assurer l'identification de son auteur et la manifestation de son adhésion au contenu de l'acte signé. La jurisprudence s'est également appropriée ces deux fonctions, considérant que, dans l'environnement papier, « la signature se

⁽³³⁾ M.B., 22 décembre 2000, p. 42698.

⁽³⁴⁾ Art. 3, 10°.

⁽³⁵⁾ Art. 2, 1°.

définit comme un graphisme personnel qui permet d'établir l'identité du signataire de l'acte et la manifestation de son consentement au contenu de celui-ci »⁽³⁶⁾.

Par conséquent, dans un environnement dématérialisé, tout procédé qui permet d'identifier son auteur et de manifester son adhésion devrait pouvoir être utilisé en tant que signature électronique ordinaire.

À titre de comparaison, on relèvera que le nouvel article 1367 du Code civil français prévoit que « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte ».

8. Signature électronique avancée. Faisant preuve d'un plus haut degré de sécurité, la signature électronique avancée est une signature électronique satisfaisant à différentes exigences fixées à l'article 26 du règlement. Celles-ci ont pour but de garantir l'identité du signataire (la signature électronique avancée doit permettre d'identifier le signataire et être liée à celui-ci de manière univoque), de lui assurer un contrôle de sa signature (elle doit être créée à l'aide de données sur lesquelles il dispose d'un contrôle exclusif) et d'assurer l'intégrité des données (la signature électronique avancée doit rendre détectable toute modification ultérieure des données auxquelles elle est liée).

Conformément aux principes du droit de la preuve, en cas de contestation, il appartient à la partie qui se prévaut de l'usage d'une signature électronique avancée, de faire la démonstration que le procédé électronique qu'elle utilise répond aux conditions fixées par l'article 26 du règlement eIDAS. Il est néanmoins très rare, en pratique, que cette forme de signature soit invoquée.

9. Signature électronique qualifiée. Le règlement eIDAS envisage un troisième format de signature électronique, la signature électronique qualifiée. Selon la définition fournie par l'article 3, 12°, du règlement, il s'agit d'un instrument électronique qui répond aux exigences propres aux signatures électroniques avancées, et qui est de surcroît créé à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifiée et repose sur un certificat qualifié de signature électronique.

Ce mode de signature fait appel aux ressources d'un prestataire de services de confiance qualifié, à savoir une entreprise soumise à un organe

⁽³⁶⁾ Civ. Bruxelles, 8 janvier 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1338.

de contrôle, qui fournit un service électronique, en principe contre rémunération, consistant notamment en la création, en la vérification et en la validation de signatures électroniques⁽³⁷⁾. Les prestataires de services de confiance sont des tiers neutres dont l'intervention vise à instaurer un cadre de confiance pour l'utilisation des transactions électroniques⁽³⁸⁾. Le service de confiance vient attester, par la délivrance d'un certificat, que les fonctions attendues du procédé électronique utilisé sont rencontrées. Ce type de service peut être élevé au rang de service de confiance qualifié s'il satisfait à différentes conditions énumérées par le règlement eIDAS⁽³⁹⁾. Les services de confiance qualifiés se voient réserver des effets juridiques plus importants que les services de confiance non qualifiés.

En pratique, l'utilisateur d'une signature électronique qualifiée dispose d'un certificat qualifié émis par un prestataire de services de confiance qualifié. Il s'agit d'une attestation électronique qui associe les données de validation de la signature électronique à une personne physique⁽⁴⁰⁾ et qui établit de cette manière un lien irréfutable entre une clé de chiffrement et son propriétaire⁽⁴¹⁾.

À l'heure actuelle, le format de signature électronique qualifié le plus employé résulte de l'utilisation de la carte d'identité électronique⁽⁴²⁾. Celle-ci est dotée de deux certificats distincts : un certificat d'authentification et un certificat de signature électronique qualifiée. La fonction d'authentification de la carte d'identité électronique permet à son titulaire de s'identifier de manière volontaire en vue d'accéder à certaines plateformes électroniques sécurisées. La fonction de signature de la carte permet, par ailleurs, de signer différents actes par voie électronique, tels que des courriels, des déclarations, des attestations ou d'autres formes de documents⁽⁴³⁾. Ces deux fonctions sont souvent confondues. Il est dès lors

(37) Ceci résulte d'une lecture combinée des articles 3, 16°, 3, 19° et 3, 20°, du règlement eIDAS.

(38) D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. Not.*, t. IV, liv. II, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 220.

(39) Art. 3, 17°, du règlement eIDAS.

(40) Art. 3, 14°.

(41) J.-N. COLIN, « Du secret à la confiance ... quelques éléments de cryptographie », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, coll. CRIDS, vol. 39, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 16.

(42) M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 277.

(43) E. DEGRAVE et C. DE TERWANGNE, « Règlement eIDAS et secteur public : la carte d'identité électronique belge, instrument d'une identité numérique européenne ? », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, op. cit., pp. 363-364 ; O. GOFFARD et E. ROGER-FRANCE, « L'introduction de la carte d'identité électronique en droit belge par la loi du 25 mars 2003 : aspects juridiques », *J.T.*, 2005, p. 279.

important de bien s'assurer que la carte d'identité est utilisée à des fins de signature, lorsqu'on veut avoir recours à cette fonction.

10. Effets de la signature électronique. L'article 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS attache un principe de non-discrimination à toutes les signatures électroniques. En vertu de ce principe, « l'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée ».

Concrètement, ce principe de non-discrimination bénéficie aux procédés électroniques qui accèdent au statut de signature électronique ordinaire ou de signature électronique avancée.

En plus du principe de non-discrimination, les signatures électroniques qualifiées bénéficient d'un principe d'assimilation aux signatures manuscrites, consacré par l'article 25, § 2, du règlement eIDAS. Selon celui-ci, « l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite ».

11. La signature électronique dans le droit de la preuve. En dépit de sa grande fiabilité, et du rôle qu'essaie de lui faire jouer le législateur européen, la signature électronique qualifiée n'a pas rencontré le succès escompté et son usage reste particulièrement discret. Quand ils prennent le soin de signer leurs communications, les acteurs du commerce électronique préfèrent avoir recours à des formes plus souples, bien que moins sécurisées, de signature électronique⁽⁴⁴⁾. La plupart des signatures utilisées, dans l'environnement numérique, ne peuvent donc bénéficier du principe d'assimilation consacré par l'article 25, § 2, du règlement eIDAS. Le principe de non-discrimination leur est, par contre, applicable.

La mise en œuvre du principe de non-discrimination, en droit belge, doit tenir compte de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Cette disposition, qui traite spécifiquement des effets de la signature électronique en droit de la preuve, prévoit que l'exigence d'une signature peut être satisfaite par « un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ».

(44) E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A./O.R.*, 2011, p. 235 ; F. COPPENS, « Le recours aux tiers de confiance dans les transactions en ligne », *J.T.*, 2012, p. 811.

Ce texte a été très critiqué en raison de sa formulation. Il implique, en effet, que pour considérer qu'il est générateur d'un acte sous seing privé, un procédé électronique doit rencontrer deux conditions précises : être imputé à une personne déterminée et établir le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte auquel les données électroniques sont liées. La première exigence, qui a trait à l'imputabilité du procédé électronique, synthétise les fonctions d'identification et d'adhésion traditionnellement dévolues à la signature⁽⁴⁵⁾, ce que confirment les travaux préparatoires de la loi⁽⁴⁶⁾. La deuxième exigence, relative au maintien de l'intégrité de l'acte électronique, est vivement contestée. Elle conduit en effet à distinguer la signature électronique de la signature manuscrite. Comme l'a relevé la doctrine, dans le monde papier, la signature n'a nullement pour fonction de garantir l'intégrité de l'écrit⁽⁴⁷⁾. C'est le support papier qui joue ce rôle. Par conséquent, pour recevoir une efficacité probatoire similaire à celle de la signature manuscrite, les signatures électroniques ordinaires et les signatures électroniques avancées se voient assigner une exigence supplémentaire.

Ceci pose la question de la conformité de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil au droit européen⁽⁴⁸⁾. En effet, puisque le règlement eIDAS confère à la signature électronique ordinaire la caractéristique de permettre de « signer » et que, selon la plupart des auteurs de doctrine, ce terme devrait exclusivement conduire le juge à examiner si le procédé électronique permet d'identifier son auteur et de s'assurer son adhésion au contenu de l'acte, le fait d'exiger de la signature électronique qu'elle remplisse une troisième fonction, sous peine de ne pouvoir être prise en compte d'un point de vue probatoire, paraît rompre avec le principe de non-discrimination. Pour appuyer cette analyse, il est important de souligner que dans une version initiale, le règlement envisageait expressément de donner à la signature électronique la fonction d'exprimer le

(45) D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », *op. cit.*, p. 167 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, *op. cit.*, pp. 353-354 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 558 ; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *D.A./O.R.*, 2002, p. 22 ; P. VAN EECHE, « De elektronische handtekening in het recht », *R.D.C.*, 2009, p. 338.

(46) Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 38/006, p. 11.

(47) B. LOSOVCK, « L'usage de signatures électroniques dans le cadre du règlement eIDAS », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, *op. cit.*, p. 143 ; E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 238.

(48) D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 219.

consentement du signataire et/ou de servir de méthode d'authentification⁽⁴⁹⁾. Il n'a donc jamais été question, dans le texte européen, qu'elle contribue à maintenir l'intégrité des données signées.

Cette situation résulte en réalité d'un double constat effectué par le législateur belge. D'une part, il a remarqué que, dans l'environnement traditionnel, la fonction d'intégrité était assurée par le support papier, alors que dans la sphère numérique, l'écrit pouvait être facilement altéré. D'autre part, il est apparu aux yeux du législateur que certains procédés de signature électronique permettaient d'assurer l'intégrité du document électronique. C'est notamment le cas de la signature électronique qualifiée⁽⁵⁰⁾.

Pour répondre aux critiques des auteurs qui appellent le législateur belge à amender l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, en supprimant l'exigence d'intégrité attachée aux signatures électroniques⁽⁵¹⁾, il faut donc songer à proposer une définition de l'écrit électronique intégrant la fonction d'inaltérabilité. Comme le souligne le Professeur Montero, « il importe peu que l'intégrité de l'acte invoqué en justice soit fonction de l'écriture, du support ou de la signature »⁽⁵²⁾, à condition que cette intégrité soit assurée. L'intégrité de l'acte sous seing privé est en effet une condition indispensable à sa valeur probante.

Ainsi, dans le Code civil français, l'écrit électronique se voit assigner, à l'article 1366, une condition d'intégrité. Ceci permet de définir la signature électronique, à l'article 1367, comme « un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache » et de lui conférer pour seules fonctions l'identification de son auteur et la manifestation de son consentement aux obligations qui découlent de l'acte signé.

Cette approche nous paraît mieux correspondre au prescrit du règlement eIDAS. Il s'agit peut-être de la voie que le Gouvernement belge entend désormais emprunter également, lorsqu'il annonce vouloir proposer une définition claire des concepts d'écrit, de signature et de support durable utilisés en droit de la preuve⁽⁵³⁾.

(49) T. PIETTE-COUDOL, « Règlement européen n° 910/2014 : le renouveau de la signature électronique et la consécration du cachet électronique », *R.L.D.I.*, 2015, n° 112, p. 44.

(50) E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 238.

(51) H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », in J.-Fr. HENROTTE et F. JONGEN (dir.), *Pas de droit sans technologie*, coll. CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 73-74.

(52) E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 238.

(53) K. GEENS, « Le saut vers le droit de demain », *op. cit.*, p. 59.

12. Application de l'article 1322 du Code civil par les cours et tribunaux. En pratique, le problème actuellement posé par la formulation de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, ne paraît concerner que les signatures électroniques ordinaires.

Pour mémoire, les signatures électroniques qualifiées échappent à l'analyse imposée par cette disposition, dès lors que l'article 25, alinéa 2, du règlement eIDAS leur octroie un principe d'assimilation à la signature manuscrite. En matière probatoire, cela signifie que lorsqu'une signature électronique qualifiée est liée à un écrit électronique, ce dernier doit être assimilé à un acte sous seing privé, sans que les cours et tribunaux aient à se prononcer sur le respect des conditions fixées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil.

Le seul contrôle que les cours et tribunaux peuvent être amenées à exercer, en cas de contestation, consiste à vérifier si le procédé électronique utilisé correspond bien à la définition de la signature électronique qualifiée au sens de l'article 3, 12°, du règlement eIDAS. Au terme de ce contrôle, si le juge constate que le procédé électronique utilisé constitue bien une signature électronique qualifiée, il doit reconnaître sa force probante, et doit donc considérer que l'écrit électronique auquel cette signature est liée constitue un acte sous seing privé.

S'agissant de la signature électronique avancée, la quatrième exigence fixée par l'article 26 du règlement eIDAS, qui conduit ce procédé électronique à rendre détectable toute modification ultérieure des données auxquelles il est associé, rejoint la fonction d'intégrité exigée par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Par conséquent, tout procédé électronique constituant une signature électronique avancée nous paraît rencontrer le prescrit de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Il appartient toutefois à la partie qui se prévaut de cette qualification de démontrer que la technologie qu'elle a utilisée rencontre la définition de la signature électronique avancée, ce qui s'apparente en grande partie à démontrer qu'elle remplit les exigences fixées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil.

Pour les autres instruments électroniques, constituant des signatures électroniques ordinaires, le juge dispose d'une totale liberté d'appréciation, à charge pour la partie qui a fait usage de cet instrument de le convaincre que celui-ci rencontre les conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Néanmoins, si le magistrat estime que ces conditions sont réalisées, il est tenu de considérer le procédé qui lui est présenté

comme une signature (54). Afin d'aboutir à une telle conclusion, le magistrat doit procéder à un examen attentif des moyens techniques employés. Ce type d'analyse technique dépasse généralement la compétence des juridictions et est susceptible par conséquent de mobiliser un expert en informatique (55).

Heureusement, les contestations relatives à la valeur probante d'une signature électronique ordinaire sont très peu fréquentes (56). Les seules décisions de jurisprudence présentant un lien avec cette problématique dont nous avons connaissance ont trait à l'emploi de signatures scannées.

La technique de la signature scannée est un processus qui consiste à numériser une signature manuscrite originale et à en conserver une copie sous forme de fichier électronique, afin de pouvoir ultérieurement apposer cette signature enregistrée sur un document généré par ordinateur et, le cas échéant, l'imprimer.

Dans les rares cas où ce procédé a suscité des débats, la signature scannée était utilisée non pas en tant que mode de preuve, mais bien dans le cadre d'une formalité *ad validitatem* (57). La condition de maintien de l'intégrité imposée par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil n'a donc pas été examinée à l'occasion de ces affaires. Seule la cour du travail de Bruxelles s'est penchée sur cette question, sans toutefois aller jusqu'au terme de l'analyse technique qu'elle avait initiée (58).

Nous estimons néanmoins que pour qu'une signature scannée puisse passer le test de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil avec succès, elle doit pouvoir être accompagnée d'une documentation technique adéquate, exposant notamment au juge le procédé de numérisation de la signature employé, les modalités d'accès à cette signature numérisée et les garanties techniques prévenant toute modification ultérieure du document signé.

(54) D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 166.

(55) E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 237.

(56) *Ibid.*, p. 231 ; F. COPPENS, « Le recours aux tiers de confiance dans les transactions en ligne », *op. cit.*, p. 811.

(57) Voy. Civ. Bruges, 23 novembre 2004, *T.F.R.*, 2005, vol. 14, n° 286 ; Conseil contentieux des étrangers, 19 novembre 2009, n° 34364, disponible via www.rvv-cc-e.be ; C.E., 8 mai 2009, n° 193.106, www.raadvst-consetat.be. Pour un commentaire des décisions du Conseil du contentieux des étrangers en matière de signature scannée, voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 231-239.

(58) C. trav. Bruxelles, 11 octobre 2013 et 14 février 2014, *R.D.T.I.*, 2014, n° 56, p. 115 et note J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes ».

c) La valeur probante des sms, des courriers électroniques et autres formes d'écrits électroniques

13. Un écrit. Les cours et tribunaux se sont penchés sur la question de la valeur probante d'e-mails et de sms à l'occasion de plusieurs différends d'ordre contractuel.

Parmi ces litiges, certains avaient trait à la conclusion d'une vente immobilière, qui était contestée. Pour mémoire, l'article XII.16 du Code de droit économique exclut expressément les contrats portant sur la vente d'immeubles de l'application de l'article XII.15 qui consacre la théorie des équivalents fonctionnels. La doctrine estime cependant que l'exclusion consacrée par l'article XII.16 du Code de droit économique ne s'étend pas aux commencements de preuve par écrit (59). Elle est rejointe sur ce point par la jurisprudence (60). Un sms ou un e-mail sont donc susceptibles de constituer un écrit (61), et ce même pour les quatre types de contrats énumérés à l'article XII.16 du Code de droit économique.

Procédé de communication alternatif au mail et au sms, dont l'usage est encouragé par le développement des réseaux sociaux et de l'internet mobile, un système de messagerie instantané peut également produire des écrits.

Enfin, la jurisprudence récente admet que les mentions reprises sur l'interface graphique affichée par un logiciel (62) peuvent constituer des écrits. Nous estimons qu'il en va de même du contenu d'un site internet.

14. Une signature ? Le sms, l'e-mail ou le message instantané peuvent difficilement prétendre à un statut supérieur à celui du commencement de preuve par écrit. Ces messages sont en effet le plus souvent dépourvus de signature (63). La mention du nom de l'auteur de la communication, que l'on retrouve sur la plupart des e-mails, et plus rarement sur certains sms, n'apporte aucune garantie quant à l'identification de ce dernier. Ce type de mention est, de surcroît, totalement impuissant à garantir l'inté-

(59) I. SAMOY et A.-S. HOUTMEYERS, « Over de verkoop van een onroerend goed via e-mail of sms: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 335 ; S. MEYS, « Sms kan begin van bewijs door geschrift uitmaken », *op. cit.*, p. 264 ; J. CALLEBAUT, « Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning », *op. cit.*, p. 123 ; R. BISCARI, « Het bewijs in de elektronische context », in *Elektronische Handel: juridische en praktische aspecten*, UGA, 2004, pp. 272-273.

(60) Gand, 26 septembre 2013, *R.W.*, 2014-2015, pp. 258-262.

(61) D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, p. 173.

(62) Liège, 20 mars 2014, *A&M*, 2015, p. 74.

(63) D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, p. 169 ; J. DUMORTIER, « Bewijsvoering in de digitale omgeving », in *X, Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 177.

grité du message. Une telle forme de signature ne peut donc, en l'état, passer avec succès le test de l'article 1322 du Code civil.

De même, le fait de renseigner le titulaire du compte au départ duquel le message est envoyé ne peut constituer une signature électronique au sens de l'article 1322, alinéa 2, à défaut de marquer avec certitude l'adhésion de cette personne à l'envoi du message, ni de garantir l'intégrité de celui-ci.

À moins d'être signé au moyen d'une signature électronique qualifiée ou d'une signature électronique rencontrant les exigences de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil – ce qui est envisageable pour un e-mail, mais est rarement le cas – l'e-mail, le sms, ou le message instantané constitueront donc des modes de preuve imparfaits. Leur usage de plus en plus répandu traduit toutefois une évolution : alors que, dans l'univers papier, la pratique réserve une place prépondérante aux actes sous seing privé, dans le paysage virtuel, le mode de preuve le plus usité pour établir un acte juridique est un commencement de preuve par écrit. Il en résulte un affaiblissement des moyens de preuve utilisés par les parties.

15. Le sms en tant que commencement de preuve par écrit. À défaut de signature, pour recevoir le statut de commencements de preuve par écrit, et ainsi ouvrir la voie à la preuve par toutes voies de droit, les sms, e-mails ou messages instantanés doivent satisfaire aux conditions de l'article 1347 du Code civil. À cette fin, ils doivent émaner de la partie contre laquelle ils sont invoqués, et rendre vraisemblables les faits allégués.

Dans le cas de l'envoi d'un sms, le respect de la deuxième condition – émaner de la partie à l'égard de laquelle le sms est invoqué – peut prêter à discussion. Ainsi, par décision du 29 avril 2013, intervenue dans le cadre d'un litige portant sur le remboursement d'une avance de 27.000 EUR, la cour d'appel d'Anvers a considéré qu'un sms ne pouvait être utilisé à titre de commencement de preuve par écrit, dans la mesure où il ne pouvait être établi avec certitude que le sms avait bien été envoyé par la partie contre laquelle il était utilisé. La cour a en effet considéré qu'il existait des systèmes permettant de s'introduire dans le gsm d'un tiers et d'envoyer un sms en son nom, à son insu, de même qu'il était possible de manipuler l'identité de la personne envoyant un sms (64).

(64) Anvers, 29 avril 2013, *NjW*, 2014, pp. 319-321.

La position adoptée par la cour d'appel d'Anvers dans cet arrêt nous paraît très sévère. S'il est exact qu'un sms peut avoir été envoyé par quelqu'un en lieu et place du propriétaire de la carte sim utilisée⁽⁶⁵⁾, il ne faut cependant pas exagérer ce risque de détournement. Nous estimons qu'un sms doit être réputé avoir été envoyé par le titulaire de la carte sim dont il émane. Si une personne conteste être l'auteur d'un sms produit en justice, il lui appartient de rapporter la preuve d'un détournement de sa carte sim. Ceci nous paraît résulter d'une correcte application de l'article 1315 du Code civil, qui implique « une véritable présomption légale implicite, en vertu de laquelle la situation normale et habituelle est présumée exister en l'espèce. C'est à celui qui invoque un fait contraire à cette situation à en démontrer la réalité »⁽⁶⁶⁾.

Nous approuvons par conséquent un arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 mai 2015, dans lequel cette juridiction a jugé que des sms échangés entre parties pouvaient constituer un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable l'existence d'un contrat d'entreprise⁽⁶⁷⁾. Elle a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 5 juin 2015⁽⁶⁸⁾. Dans ces deux affaires, la cour d'appel a pris le soin de souligner que la partie défenderesse ne contestait pas être l'auteur des sms envoyés et qu'elle ne discutait pas non plus l'exactitude de leur contenu.

16. L'e-mail en tant que commencement de preuve par écrit. À l'instar du sms, les juridictions concluent régulièrement qu'un e-mail peut constituer un commencement de preuve par écrit⁽⁶⁹⁾.

Ainsi, la cour d'appel d'Anvers a jugé, dans un arrêt du 19 octobre 2015, qu'un e-mail par lequel l'administrateur délégué d'une société s'était porté garant des engagements financiers de la personne morale, s'il ne rencontrait pas les conditions de l'article 1326 pour constituer un acte sous seing privé, à défaut de respecter la formalité manuscrite du « bon pour », constituait néanmoins un commencement de preuve par écrit, rendant admissible la preuve par présomptions et témoignages. En l'espèce, d'autres e-mails furent produits, à titre de présomptions, pour démontrer l'existence de l'engagement pris⁽⁷⁰⁾.

(65) C. LEBON, « Sms begin van bewijs door geschrift (art. 1347 BW) ? », *NjW*, 2014, p. 322.

(66) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 731.

(67) Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, pp. 128-130.

(68) Liège, 5 juin 2015, R.G. n° 2014/1656, www.juridat.be.

(69) Mons, 19 février 2007, R.G. n° 2005/226, www.juridat.be ; Liège, 20 octobre 2015, R.G. n° 2014/770, www.juridat.be.

(70) Anvers, 19 octobre 2015, *NjW*, 2016, pp. 442-444.

La production d'un e-mail peut cependant rencontrer des difficultés similaires à celle d'un sms, en cas de contestation quant à son origine⁽⁷¹⁾.

Par ailleurs, un e-mail ne peut avoir de valeur probante qu'à condition de démontrer qu'il a bien été envoyé et reçu par son destinataire. Dans cette perspective, la cour d'appel de Gand a dénoncé la précarité d'un système d'e-mailing interne à une entreprise, n'ayant pas recours à internet pour faire circuler les e-mails. Se basant sur les constatations d'une expertise technique, la cour a jugé que ce type de système, basé sur un serveur de mails administré par l'entreprise elle-même – laquelle était partie au litige – ne permettait pas de rapporter la preuve de l'envoi, de la réception et de la date d'e-mails supposés avoir été émis. Partant, la cour d'appel a jugé que les e-mails produits en vue de démontrer une contestation de factures reçues par l'entreprise n'avaient pas de valeur probante⁽⁷²⁾.

17. Le « clic » en tant que commencement de preuve par écrit.

La technique du clickwrap⁽⁷³⁾, qui consiste, dans le cadre de la conclusion d'un contrat en ligne, à exiger du cocontractant la validation, par un « clic », de dispositions contractuelles qui lui ont été soumises – généralement des conditions générales – pose également question d'un point de vue probatoire. En général, il est exigé du cocontractant que son « clic » vienne compléter une case accompagnant une mention telle que « J'ai lu et j'accepte ».

L'acte posé à l'occasion de ce processus ne peut être assimilé à un acte sous seing privé, à défaut pour le « clic » de constituer une signature électronique. S'agit-il néanmoins d'un écrit ? C'est cette fois la condition de lisibilité de l'écrit qui sera principalement discutée. En soi, le « clic » ne signifie rien et ne constitue donc pas un vecteur de communication d'informations accessibles à la compréhension humaine. Toutefois, dans le contexte dans lequel il est exprimé, lorsqu'il accompagne une mention « J'ai lu et j'accepte », cet ensemble d'informations pourrait être assimilé à un écrit.

La technique du clickwrap peut-elle dès lors générer un commencement de preuve par écrit ? Ceci implique que l'écrit émane de la personne

(71) D. MOUGENOT, « La preuve et les nouvelles technologies », *op. cit.*, p. 173.

(72) Gand, 10 mars 2008, *D.A./O.R.*, 2009, pp. 314-315 et note de E. MONTERO, « À propos de la valeur probante des e-mails ».

(73) Pour une description de ce processus, voy. Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line », in X, *Les conditions générales. Questions spéciales*, coll. Jeune Barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2009, p. 28.

contre laquelle il est invoqué. Cette condition fait l'objet d'une interprétation souple de la part de la Cour de cassation, cette dernière considérant que l'article 1347 du Code civil s'applique à tout écrit « dont la personne à laquelle il est opposé s'est approprié le contenu » (74). Nous estimons, par conséquent, que le clic accompagnant, en guise d'acceptation, une mention « J'ai lu et j'accepte » figurant sur un site internet, peut constituer à tout le moins un commencement de preuve par écrit.

§ 2. L'acte authentique dématérialisé

18. Cadre légal. La notion d'acte authentique désigne les actes écrits passés devant des officiers publics ayant le droit d'instrumenter. Cette formulation vise une importante variété d'actes distincts, à savoir notamment les actes notariés, les exploits d'huissiers, les actes de l'état civil, les procès-verbaux des officiers de police judiciaire, ou encore les actes de procédure judiciaire.

Dès le début des années 2000, le législateur belge a veillé à mettre en place un cadre légal pour permettre l'accomplissement des actes authentiques par voie électronique. La loi du 11 mars 2003 a complété l'article 1317 du Code civil par une disposition transversale précisant qu'un acte authentique pouvait être dressé sur tout support, ce qui devait faciliter la production d'actes authentiques dématérialisés. La disposition adoptée stipulait cependant qu'un arrêté royal serait pris en vue de déterminer les modalités selon lesquelles l'acte authentique électronique serait établi et conservé. Cet arrêté royal devait notamment préciser les modalités de signature de l'acte authentique électronique. En laissant au Roi le soin de déterminer ces modalités, le législateur voulait donner le temps de mener une réflexion juridique et technique, en vue d'évaluer dans quelle mesure les exigences de l'authenticité pouvaient être préservées dans un environnement dématérialisé (75).

À défaut de l'adoption de l'arrêté royal annoncé, différentes législations sectorielles ont ensuite été prises. Elles ont eu pour but de permettre la réalisation de certains types d'actes authentiques par voie électronique.

(74) Cass., 6 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 960.

(75) Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2002-2003, n° 2100/001, p. 58.

À titre d'exemple, la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses (76) a introduit à l'article 13 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat une disposition donnant aux notaires la possibilité de recevoir les actes notariés sous forme dématérialisée. Afin de respecter la compétence réservée au Roi par l'article 1317 du Code civil, la disposition laissait à un arrêté royal le soin de fixer les modalités spécifiques à la mise en œuvre de ce régime, et plus précisément de prévoir les mesures nécessaires afin de garantir l'inaltérabilité, la confidentialité et la conservation des actes notariés. Cette loi prévoyait par ailleurs la création d'une Banque des actes notariés (en abrégé NABAN) en vue d'y conserver tous les actes notariés reçus sous forme dématérialisée, ainsi qu'une copie dématérialisée de tous les actes reçus sur support papier. De nouveau, les modalités de cette banque de données devaient être précisées par un arrêté royal, dont l'adoption n'est pas intervenue à ce jour, bien qu'un avant-projet d'arrêté royal ait été soumis à la Commission vie privée en 2012 (77). En vertu du nouvel article 20 de la loi du 16 mars 1803, qui a également été introduit par la loi du 6 mai 2009, cette banque de données devrait avoir valeur de source authentique pour les actes reçus sous forme dématérialisée et dispenser le notaire de conserver la minute des actes établis en cette forme. Enfin, un troisième alinéa visant spécifiquement les actes authentiques notariés est par ailleurs venu compléter l'article 1317 du Code civil en vue de faire le lien entre cette disposition transversale et la loi sur le notariat. Il précise à cet effet que les actes notariés reçus sous forme dématérialisée sont établis et conservés conformément à la loi du 16 mars 1803 et rappelle que la Banque de données des actes notariés a valeur de source authentique pour les actes qui y sont enregistrés. Cela signifie que l'exemplaire de l'acte dématérialisé qui y est enregistré a la valeur de l'original (78).

La loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice (dite loi « pot-pourri III ») (79) a de nouveau modifié l'article 1317 du Code civil en prévoyant désormais que les conditions auxquelles l'acte authentique dématérialisé doit être établi et conservé, qui devaient initialement être fixées par arrêté royal, pouvaient également

(76) *M.B.*, 19 mai 2009, p. 37860.

(77) Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 07/2012 du 8 février 2012, www.privacycommission.be.

(78) Projet de loi portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2008-2009, n° 1786/001, p. 23.

(79) *M.B.*, 13 mai 2016, p. 31338.

être définies par une loi. L'article 129 de la loi pot-pourri III a par ailleurs complété l'article 1317 du Code civil en précisant qu'une signature électronique qualifiée satisferait aux conditions d'une signature pour les actes authentiques établis, reçus ou signifiés sous forme dématérialisée par un fonctionnaire public. Le choix de la signature électronique qualifiée est peu discutable. Compte tenu de leur force probante, il importait en effet d'assurer un degré de sécurité élevé à la signature de ces actes émanant d'autorités publiques. Il fallait en outre éviter toute discussion quant à la recevabilité comme preuve en justice de la signature utilisée, sous peine de prendre le risque de priver l'acte réputé authentique de toute valeur probante.

La formulation utilisée par le législateur est toutefois malheureuse en ce qu'elle identifie la signature électronique qualifiée par référence à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. Or, suite à l'entrée en vigueur du règlement eIDAS, la loi du 9 juillet 2001 a été abrogée et, comme le prévoit l'article 47 de la loi du 21 juillet 2016, il faut se référer exclusivement aux dispositions du règlement eIDAS. En d'autres termes, pour rencontrer le prescrit de l'article 1317 du Code civil, et à défaut d'arrêté royal précisant les conditions spécifiques dans lesquelles les actes authentiques dématérialisés doivent être établis, ceux-ci doivent être signés au moyen d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3,12°, du règlement eIDAS.

SECTION 2.

LES NOUVEAUX PROCÉDÉS ÉLECTRONIQUES TRAITÉS PAR LE RÈGLEMENT EIDAS

19. Présentation. Les initiatives adoptées au début des années 2000 étaient principalement axées sur le concept de signature électronique. Sur le plan probatoire, elles ont donc principalement eu un impact sur les notions d'acte authentique et d'acte sous seing privé, et par voie de conséquence, sur le concept de commencement de preuve par écrit.

En cherchant à mettre en place un cadre transfrontalier et intersectoriel complet pour assurer les transactions électroniques⁽⁸⁰⁾, le règlement

⁽⁸⁰⁾ Considérant n° 3.

eIDAS propose un cadre légal, au-delà de la signature électronique, pour plusieurs autres services de confiance, dont l'usage est susceptible de rencontrer différentes fonctions probatoires. Nous les examinerons successivement dans la deuxième section de cet article.

§ 1. Le cachet électronique

20. Présentation. Alors que le législateur belge avait initialement fait le choix de permettre aux personnes morales de disposer de leur propre signature électronique qualifiée⁽⁸¹⁾, le règlement eIDAS réserve la signature électronique aux seules personnes physiques⁽⁸²⁾. Parallèlement, le texte européen crée un nouvel instrument d'identification électronique, calqué sur le mécanisme de la signature électronique, qui est destiné exclusivement aux personnes morales. Il s'agit du cachet électronique.

Le cachet électronique est un procédé constitué de « données sous forme électronique qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique pour garantir l'origine et l'intégrité de ces dernières »⁽⁸³⁾. Cette définition fait ressortir les deux fonctions du cachet électronique : identifier l'origine des données et garantir leur intégrité. En assurant l'origine des données cachetées, le cachet électronique présente une fonction commune avec la signature électronique. Le cachet électronique a par ailleurs pour deuxième fonction de garantir l'intégrité du contenu de l'acte, fonction qui est imposée à la signature électronique, en droit belge, par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, mais fait l'objet d'une importante contestation. À la différence de la signature électronique, le cachet électronique n'a par contre pas en soi pour effet de marquer l'adhésion de la personne morale au contenu de l'acte cacheté.

21. Effets. Tout comme la signature électronique, le cachet électronique se décline sous trois formats, qui dépendent de leur niveau de sécurité et de fiabilité. Il existe ainsi un cachet électronique que nous qualifierons de « cachet électronique ordinaire », un cachet électronique avancé et un cachet électronique qualifié.

⁽⁸¹⁾ Voy. sur cette question B. VANBRABANT, « La signature électronique des personnes morales », in E. MONTERO (coord.), *La preuve*, coll. CUP, vol. 54, 2002, pp. 173-228 ; J. DUMORTIER, « Bewijsvoering in de digitale omgeving », *op. cit.*, pp. 198-201.

⁽⁸²⁾ L'article 3, 9°, du règlement eIDAS définit en effet le signataire comme la personne physique qui crée une signature électronique.

⁽⁸³⁾ Art. 3, 25°, du règlement eIDAS.

Le cachet électronique ordinaire et le cachet électronique avancé se voient attacher un principe de non-discrimination, en vertu duquel ils ne peuvent être refusés en tant que preuve en justice au seul motif qu'ils se présentent sous une forme électronique ou qu'ils ne font pas l'objet d'une certification qualifiée par un tiers de confiance⁽⁸⁴⁾.

Le cachet électronique qualifié bénéficie, pour sa part, d'une présomption d'intégrité des données cachetées et d'exactitude de l'origine de celles-ci⁽⁸⁵⁾.

En outre, l'article XII.25, § 3, du Code de droit économique prévoit que le cachet électronique qualifié d'une personne morale doit être assimilé à la signature manuscrite de la personne physique représentant la personne morale qui a créé le cachet. Le cachet électronique qualifié reçoit, de ce fait, une fonction complémentaire, en droit belge, consistant à manifester l'adhésion du représentant de la personne morale au contenu de l'acte électronique cacheté. Cette fonction d'adhésion permet de qualifier d'acte sous seing privé l'écrit électronique cacheté au moyen d'un cachet électronique qualifié, dans les limites fixées à l'article XII.25, § 3, du Code de droit économique.

22. Applications. Le cachet électronique peut être apposé sur tout document électronique émanant d'une personne morale en vue de garantir l'origine et l'intégrité de celui-ci.

Si la personne morale fait usage d'un cachet électronique qualifié, le document cacheté peut accéder au statut d'acte sous seing privé, dans les conditions de l'article XII.25, § 3, du Code de droit économique. Cette règle propre au droit belge, qui étend les effets du cachet électronique qualifié au-delà de ce que prévoit le règlement eIDAS, ne peut se concevoir que pour ce qui concerne des actes juridiques passés entre des personnes physiques ou morales établies en Belgique, sous peine de porter atteinte au marché intérieur. De plus, si ce principe d'assimilation permet de rattacher le cachet électronique qualifié à la signature d'une personne physique déterminée, il faut encore vérifier, pour que l'acte sous seing privé puisse déployer ses pleins effets, que cette personne physique est investie du pouvoir de représenter la personne morale dont elle utilise le cachet électronique qualifié. À défaut de disposer de ce pouvoir de représentation, la personne morale pourrait considérer qu'elle n'est pas liée par

⁽⁸⁴⁾ Art. 35, § 1^{er}.

⁽⁸⁵⁾ Art. 35, § 2.

l'acte qui a été cacheté en violation de ses règles de fonctionnement, sauf pour le destinataire de l'acte à se prévaloir de l'application de la théorie du mandat apparent⁽⁸⁶⁾.

Alternativement, le cachet électronique peut être utilisé non dans le but de produire un acte sous seing privé, mais bien pour ses fonctions propres d'identification et de garantie d'intégrité.

Un procédé de cachet électronique peut notamment être utilement employé par une personne morale ayant recours à un processus de facturation électronique. Pour mémoire, en vertu de l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce, en matière de vente commerciale, toute facture acceptée fait preuve de la convention qu'elle exécute. Cette règle devrait prochainement être étendue à toutes formes de contrats entre entreprises⁽⁸⁷⁾.

Dans le courant des années 2000, le cadre légal a été modifié en vue de faciliter le recours aux procédés électroniques de facturation. Dans cette perspective, à la suite de sa modification par la directive 2010/45/UE⁽⁸⁸⁾, la réglementation en vigueur prévoit que « l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité d'une facture, que celle-ci se présente sur papier ou sous forme électronique, sont assurées à compter du moment de son émission et jusqu'à la fin de sa période de conservation »⁽⁸⁹⁾. Les exigences portant sur l'identification de l'émetteur de la facture et sur l'intégrité de son contenu correspondent aux deux fonctions du cachet électronique. Cet instrument paraît donc être un procédé électronique parfaitement adapté à l'émission de factures dans un environnement dématérialisé.

§ 2. L'horodatage électronique

23. Présentation. L'horodatage électronique est un procédé qui permet de fixer une opération dans le temps. Ne connaissant pas d'équivalent

⁽⁸⁶⁾ J.-B. HUBIN, « Le cachet électronique des personnes morales », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, op. cit., p. 200.

⁽⁸⁷⁾ K. GEENS, « Le saut vers le droit de demain », op. cit., p. 74.

⁽⁸⁸⁾ Directive 2010/45/UE du Conseil du 13 juillet 2010 modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne les règles de facturation, J.O.U.E., L 189 du 22 juillet 2010.

⁽⁸⁹⁾ Art. 233 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (J.O.U.E., L 347 du 11 décembre 2006).

dans l'environnement papier(90), il conduit à utiliser des données électroniques en vue d'associer d'autres données sous forme électronique à un instant particulier et d'établir ainsi la preuve que ces données existaient à cet instant(91). Ce faisant, il attribue avec certitude une marque de temps précise à un fichier électronique(92).

Sur le modèle adopté pour les autres services de confiance, le Règlement eIDAS envisage deux formes d'horodatage électronique, un horodatage électronique « ordinaire » ou « non qualifié » et un horodatage électronique qualifié.

L'horodatage électronique ordinaire bénéficie d'un principe de non-discrimination, tandis que l'horodatage électronique qualifié bénéficie d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et de garantie d'intégrité des données auxquelles se rapportent cette date et cette heure(93).

24. Applications. D'un point de vue probatoire, la portée d'un procédé d'horodatage électronique doit être bien saisie. On rappellera en effet que, sauf exigence légale particulière(94), la mention de sa date n'est nullement une condition de validité de l'acte sous seing privé(95). Si elle est reprise sur l'acte, la date mentionnée n'a de valeur probante qu'entre parties, et ne peut être opposée aux tiers.

Ce n'est que dans les hypothèses énumérées, de manière limitative, à l'article 1328 du Code civil, qu'un acte sous seing privé reçoit date certaine à l'égard des tiers, à savoir en cas d'enregistrement de l'acte, en cas de décès d'un de ses signataires ou si la substance de l'acte est constatée dans un acte dressé par un officier public.

Bien qu'il puisse offrir des garanties aussi sûres que la formalité de l'enregistrement(96), l'horodatage électronique n'a donc pas pour fonction de conférer date certaine à un acte sous seing privé, au sens de l'article 1328 du Code civil. L'article XII.25, § 10, du Code de droit économique

(90) H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, à paraître.

(91) Art. 3, 33°, du règlement eIDAS.

(92) M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », in X, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, coll. Cah. CRID, vol. n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 44.

(93) Art. 41.

(94) Voy. à titre d'exemple l'article 64, § 2, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

(95) D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 186 ; J. DUMORTIER, « Bewijsvoering in de digitale omgeving », *op. cit.*, p. 177.

(96) D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », *op. cit.*, 2004, p. 187 ; J. DUMORTIER, « Bewijsvoering in de digitale omgeving », *op. cit.*, p. 178.

interdit d'ailleurs expressément aux prestataires de service d'horodatage électronique de laisser entendre que leur service confère date certaine.

En dépit du fait qu'elle ne peut procurer date certaine, la technique de l'horodatage électronique présente toutefois un intérêt incontestable. Elle peut en effet être utilisée chaque fois que la preuve de la date peut être rapportée de manière libre.

Or, l'article 1328 du Code civil est limité à la datation d'un acte à l'égard des tiers. Il ne règle pas le problème de l'identification de la date entre parties. Selon que l'on considère que cette datation est un élément sur lequel les parties se sont accordées, ou un simple fait sortant du champ contractuel, et en fonction de l'applicabilité ou non de l'article 1341 du Code civil, la preuve de la date d'un acte doit être rapportée par écrit ou par toutes voies de droit.

De même, dans le cadre de la conclusion d'un contrat à distance, la datation de l'envoi et de la réception de la proposition contractuelle ou de son acceptation, constituent des faits juridiques, pouvant être rapportés de manière libre(97).

Il en va également ainsi de l'accomplissement de certaines formalités en ligne.

L'horodatage électronique peut constituer un moyen efficace d'établir la date de ces différents types de faits. À titre d'exemple, dans un litige portant sur l'exigibilité de factures émises par un commerçant, la cour d'appel de Gand a jugé qu'à défaut de pouvoir s'appuyer sur un système d'horodatage des e-mails exempt de tout risque de manipulation, les courriers électroniques produits ne pouvaient servir de preuve d'une contestation desdites factures(98).

§ 3. Le recommandé électronique

25. Présentation. Dans l'environnement traditionnel, la notion d'envoi recommandé désigne un service garantissant forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas

(97) Sur cette question voy. M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *op. cit.*, 2003, p. 64.

(98) Gand, 10 mars 2008, *D.A./O.R.*, 2009, pp. 314-315.

échéant à sa demande, une preuve de la date du dépôt de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire(99).

Comme cela a été précisé ci-dessus, dans le cadre de l'analyse du processus d'horodatage électronique, l'envoi d'un document constitue un fait juridique, dont la preuve peut toujours être rapportée par toutes voies de droit. Le recommandé est un service bénéficiant d'une valeur probante forte, permettant de démontrer l'envoi, ainsi que le moment de cet envoi. En outre, certaines formes de recommandés rapportent également la preuve de la réception, ou au contraire du non retrait, du document envoyé.

26. Cadre légal. L'envoi recommandé électronique est un concept appréhendé depuis plusieurs années par le droit belge(100). La loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification(101) avait introduit le concept d'envoi recommandé électronique dans la loi du 9 juillet 2001. Avant même leur entrée en vigueur, qui était fixée au 30 juin 2011, ces dispositions furent abrogées par la loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications(102), dans le but de respecter l'obligation d'une notification préalable à la Commission européenne, en application de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques(103).

Le règlement eIDAS définit désormais l'envoi recommandé électronique comme un procédé numérique permettant de transmettre des données entre des tiers par voie électronique, qui fournit des preuves concernant

(99) Art. 131, 9°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cette disposition transpose l'article 2, 9), de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.C.E.*, L 15 du 21 janvier 1998, p. 25.

(100) Pour une analyse détaillée du cadre légal applicable au recommandé électronique, voy. E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in X, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, *op. cit.*, pp. 69-99.

(101) *M.B.*, 31 décembre 2010, p. 83267.

(102) *M.B.*, 21 juin 2011, p. 36503.

(103) Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2010-2011, n° 1247/003, p. 7.

le traitement des données transmises, y compris la preuve de leur envoi et de leur réception, et qui protège les données transmises contre les risques de perte, de vol, d'altération ou de toute modification non autorisée(104). Cette définition confère au recommandé électronique des fonctions plus nombreuses qu'au recommandé traditionnel(105).

Le règlement eIDAS envisage une forme de service d'envoi recommandé qualifié fourni par un prestataire de services de confiance. Ce type d'envoi recommandé bénéficie d'une présomption quant à l'intégrité des données, à leur envoi par leur expéditeur et à leur réception par leur destinataire, ainsi qu'à l'exactitude de la date et de l'heure de l'envoi et de la réception(106). Il s'agit d'une présomption réfragable(107).

La loi du 21 juillet 2016 a par ailleurs introduit une annexe II au Livre II du Titre XII du Code de droit économique, en vue de réglementer l'usage de l'envoi recommandé hybride. Ce type d'envoi consiste à convertir un envoi recommandé électronique au format papier. Le recommandé envoyé sous forme électronique est matérialisé sur support papier et mis sous enveloppe par le prestataire de services de confiance, qui se charge de le transmettre à son destinataire via un prestataire de services postaux.

27. Applications. La valeur probante de l'envoi recommandé papier est reconnue par la jurisprudence. Cette dernière fait le lien entre l'envoi recommandé en tant que tel et le contenu de celui-ci. En effet, dans l'environnement papier, il arrive que le destinataire d'une correspondance conteste son contenu. Comme le rappelle un récent arrêt de la cour du travail de Liège, la preuve de l'envoi recommandé génère une présomption réfragable « que ledit envoi contenait effectivement l'acte adressé par l'expéditeur au destinataire, sous peine, à défaut, de miner l'indispensable sécurité juridique liée au respect des formalités légales »(108).

(104) Art. 3, 36°, du règlement eIDAS.

(105) D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution », *R.D.T.I.*, 2014, n° 56, p. 48 ; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, à paraître.

(106) Art. 43, § 2.

(107) Projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 1893/001, p. 21.

(108) C. trav. Liège, 13 mars 2015, R.G. n° 2014/AL/296, www.juridat.be.

De ce point de vue, la présomption d'intégrité des données attachée au recommandé électronique qualifié par le règlement eIDAS est particulièrement utile, en ce qu'elle résout le problème du lien entre l'envoi recommandé et le contenu envoyé.

§ 4. La copie électronique

28. Présentation. D'un point de vue probatoire, la copie est une transcription littérale faite d'après un original⁽¹⁰⁹⁾. La copie constitue un écrit⁽¹¹⁰⁾ non signé, la signature constituant la caractéristique propre aux originaux⁽¹¹¹⁾. Après avoir longtemps visé les reproductions manuscrites d'un acte original, la notion de copie désigne aujourd'hui principalement les reproductions de documents papiers produites par la voie de la photocopie ou par les techniques numériques.

Le Code civil consacre peu de développements au statut des copies et des originaux. Pourtant, à l'heure actuelle, la plupart des documents produits en justice sont des copies et rarement les pièces originales. Il est vrai néanmoins que la production de copies dans le cadre du procès pose peu de difficultés.

29. Valeur probante de la copie. L'article 1334 du Code civil prévoit que lorsqu'une copie est produite en justice, la présentation du titre original peut toujours être exigée, lorsque celui-ci subsiste⁽¹¹²⁾. En cas de disparition de l'original, la copie ne dispose d'aucune force probante en tant que titre⁽¹¹³⁾. Au mieux, et sauf à pouvoir se prévaloir d'une législation sectorielle l'assimilant à un original⁽¹¹⁴⁾, elle peut bénéficier du

(109) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., 1967, n° 832.

(110) D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 474.

(111) D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 127 ; M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », in *Actes de la conférence The Memory of the World in the Digital Age : Digitization and Preservation*, 2012, pp. 3-4, disponible via http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/mow/VC_Demoulin_Soyez_27_B_1550.pdf.

(112) L'application de cette disposition aux copies d'actes sous seing privé a été discutée (voy. D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 277). Cette controverse nous paraît aujourd'hui dépassée, compte tenu de l'introduction d'un deuxième alinéa, à l'article 1334 du Code civil, qui traite expressément du statut des copies numériques des écrits sous seing privé. Nous reviendrons ci-dessous sur cette disposition, qui confirme l'application de l'article 1334 du Code civil à la copie d'un acte sous seing privé.

(113) D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 277.

(114) Voy. D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », in E. MONTERO (coord.), *La preuve*, coll. CUP, vol. 54, 2002, pp. 243-244 ; M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *op. cit.*, 2011, p. 31 ; O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le Règlement n° 910/2014 », in H. JACQUEMIN (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, *op. cit.*, p. 224.

statut de commencement de preuve par écrit⁽¹¹⁵⁾. À défaut, elle a valeur de présomption.

Cette disposition du Code civil fait donc des copies électroniques des éléments disposant d'une force probante moins élevée que les originaux. Il existe dès lors un risque juridique, sur le plan probatoire, à ne pas conserver un document original. Ce risque peut entraîner la perte d'un procès, dans l'hypothèse où la règle de la prééminence de la preuve écrite consacrée par l'article 1341 du Code civil est d'application.

Cette situation est difficile à accepter à l'heure où les copies générées par les technologies modernes n'ont plus rien à voir avec les copies manuscrites incertaines produites au XIX^e siècle. Comme l'a relevé M. Mougenot, « l'informatique perturbe profondément la distinction classique entre original et copie »⁽¹¹⁶⁾, parce qu'elle rompt avec le postulat selon lequel la copie ne serait qu'une reproduction imparfaite de l'original.

30. L'archivage électronique. L'avènement de l'ère numérique a permis le développement de services d'archivage électronique. Selon la façon dont le Code de droit économique le définit, ce concept semble recouvrir deux types de prestations, à savoir la conservation de données électroniques, ainsi que la numérisation de documents papier⁽¹¹⁷⁾, le cas échéant dans le but de permettre la destruction de l'original⁽¹¹⁸⁾. En réalité, il serait plus exact de présenter l'archivage électronique comme une technique qui consiste à conserver des données électroniques, que ces données aient été directement produites sous forme électronique, ou bien qu'elles résultent de la numérisation de documents initialement produits sur support papier⁽¹¹⁹⁾.

Bien que le règlement eIDAS n'aborde pas la question de l'archivage électronique, la loi du 21 juillet 2016 a introduit cette notion dans le Code de droit économique en vue de lui donner un cadre légal.

Le Code distingue les services d'archivage électronique « ordinaires » ou « non qualifiés », qui se voient attacher un principe de

(115) Liège, 3 mars 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 283 ; Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 468 ; M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *op. cit.*, p. 33 ; D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies », *op. cit.*, pp. 470-475 ; D. MOUGENOT, « Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax », *op. cit.*, pp. 245-253.

(116) D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 287.

(117) Art. 1.18, 17^e, C.D.E.

(118) M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *op. cit.*, p. 13.

(119) H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *op. cit.*, à paraître.

non-discrimination(120), des services d'archivage électronique qualifiés, fournis par un prestataire de services de confiance qualifié, dont l'usage fait présumer que les données ont été conservées de manière à les préserver de toutes modifications(121) et, en cas de numérisation d'un document papier, que la copie numérique est une copie fidèle et durable du document original(122).

31. Statut des copies générées par un service d'archivage électronique. Dans un système de preuve libre, échappant à l'application de l'article 1334 du Code civil, la valeur probante d'une copie électronique dépend de sa capacité à emporter la conviction du juge. Dans cette perspective, le magistrat doit être attentif aux gages d'intégrité, de lisibilité, d'authenticité et de traçabilité attachés à la copie produite en justice(123). Un service d'archivage électronique qualifié assure la préservation de ces qualités(124). La copie électronique produite et conservée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié est d'ailleurs présumée avoir été conservée de manière à la préserver de toute modification(125) et être une copie fidèle et durable si elle émane d'un document sur support papier(126). Par contre, si la copie numérique s'inscrit dans le cadre de l'utilisation d'un service d'archivage électronique non qualifié, il faut apporter la preuve, en cas de contestation, que le document présenté constitue une copie fidèle et durable du document original et qu'il a été conservé de manière fiable(127).

Par ailleurs, la loi du 21 juillet 2016 a complété l'article 1334 du Code civil par un deuxième alinéa, qui permet à la copie numérique d'un écrit sous seing privé réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié de bénéficier d'une présomption de fidélité et de durabilité, en vertu de laquelle elle peut être assimilée à son original, lorsque celui-ci n'existe plus. Il s'agit d'une présomption réfragable. En cas de destruction de l'original, ce type de copie numérique a donc une valeur équivalente, sans être limité au statut de commencement de preuve par écrit, comme c'était auparavant le cas.

(120) Art. XII.25, § 4, C.D.E.

(121) Art. XII.25, § 5, al. 2, C.D.E.

(122) Art. XII.25, § 6, C.D.E.

(123) O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », *op. cit.*, pp. 228-229 ; M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, pp. 10-11.

(124) Voy. les exigences relatives au service d'archivage électronique qualifié fixées par l'article XII.N1 C.D.E.

(125) Art. XII.25, § 5, al. 2.

(126) Art. XII.25, § 6.

(127) O. VANRECK, « Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le règlement n° 910/2014 », *op. cit.*, p. 244.

La présomption figurant à l'article 1334, alinéa 2, du Code civil ne concerne que les actes sous seing privé. Elle ne bénéficie ni aux copies numériques d'actes authentiques, pour lesquelles une autre disposition légale devra préciser leur statut(128), ni aux autres formes d'écrits qui ont le statut de commencements de preuve par écrit ou de présomptions. Le législateur a en effet estimé, à juste titre, qu'il n'y avait pas lieu de mettre en place un régime légal particulier pour la copie électronique de ces catégories de documents(129). Leur copie peut conserver le statut de commencement de preuve par écrit ou de présomption.

Par ailleurs, compte tenu de la formulation de l'article 1334 du Code civil, une copie électronique générée en dehors d'un service d'archivage électronique qualifié ne peut accéder au statut d'original et, par conséquent, bénéficier de la force probante attachée aux actes sous seing privé. Ceci est critiquable au regard du principe de non-discrimination consacré par l'article XII.25, § 4, du Code de droit économique.

On relèvera cependant que la copie générée par un procédé d'archivage électronique non qualifié n'est pas dénuée de toute valeur probante, celle-ci pouvant bénéficier du statut de commencement de preuve par écrit. On peut toutefois regretter que la passerelle entre copie et original introduite par le législateur à l'article 1334, alinéa 2, du Code civil, se limite aux seules copies produites dans le cadre d'un service d'archivage électronique qualifié. Nous pensons qu'il eut été plus opportun de prévoir que toute copie numérique peut avoir la force probante d'un original, à condition que la copie présente des garanties de fidélité et de durabilité, celles-ci étant laissées à la libre appréciation du juge dans le cadre d'un service d'archivage non qualifié. On soulignera, à cet égard, que le nouvel article 1379 du Code civil français prévoit un système dans lequel toute copie fiable a la même force probante que l'original. Il stipule en effet que « la copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. [...] Est présumée fiable jusqu'à preuve

(128) En application de l'article XII.25, § 6, C.D.E., la copie numérique d'un acte authentique générée par un service d'archivage électronique qualifié sera toutefois présumée être une copie fidèle et durable de cet acte authentique.

(129) Projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 1893/001, p. 30.

du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

CONCLUSION

32. Un important décalage entre législation et pratique. On ne peut nier l'importance croissante des nouvelles technologies et leur impact sur le processus de formation et de conservation des actes juridiques. C'est donc de manière naturelle que ces technologies sont utilisées par les justiciables, à des fins probatoires, dans le cadre de leurs procès civils.

L'analyse proposée dans la présente contribution fait toutefois apparaître un profond décalage entre la manière concrète dont les technologies de l'information et de la communication sont utilisées, et la formulation des textes légaux qui encadrent les modes de preuve électroniques.

Sous l'impulsion de directives européennes, désormais en partie remplacées par le règlement eIDAS, le législateur belge s'est doté d'une réglementation très élaborée consacrée aux services de confiance. Cependant, cette législation, qui a été abondamment commentée par la doctrine, est très rarement invoquée devant les cours et tribunaux, sans doute parce qu'elle s'avère très éloignée des usages. En effet, alors que les procédés employés dans le cadre d'échanges électroniques sont généralement simples d'utilisation et peu sécurisés, les dispositions consacrées aux services de confiance sont relativement complexes d'un point de vue technique et réservent une place de choix aux services qualifiés, qui sont liés à des exigences de sécurité et de fiabilité élevées, rarement rencontrées en pratique.

À l'inverse, la réglementation de la preuve consacrée par le Code civil est aujourd'hui obsolète, n'ayant pas été adaptée jusqu'à présent aux évolutions de l'ère numérique⁽¹³⁰⁾. L'importance réservée à la signature, et la façon dont celle-ci est appréhendée dans l'univers numérique, conduisent le commencement de preuve par écrit à jouer un rôle central dans l'administration de la preuve, au détriment de l'acte sous seing privé, lorsque les parties ont recours à des modes de preuve électroniques. Dès lors que le commencement de preuve par écrit n'est qu'un mode de preuve imparfait,

⁽¹³⁰⁾ K. GEENS, « Le saut vers le droit de demain », *op. cit.*, p. 58.

ceci conduit à rendre plus difficile la preuve d'un acte juridique lorsque celui-ci s'est matérialisé dans le cadre d'échanges électroniques.

Au vu de la place prépondérante aujourd'hui occupée par les transactions dématérialisées, le thème de la preuve électronique doit conduire le législateur à repenser, de manière cohérente, le système probatoire et, à cette occasion, à faire entrer l'électronique dans le Code civil. S'il ne paraît pas justifié de remettre en cause le principe de la prééminence de l'écrit signé, dans les échanges impliquant des personnes privées, il convient toutefois de donner aux concepts d'écrit et de signature une portée compatible avec les procédés électroniques rencontrant leurs fonctions. Complémentairement, le législateur doit veiller à adapter les règles applicables à certaines notions, telles que celles d'original et de copie, à la réalité du monde numérique. Gageons que le Gouvernement belge est bien conscient de cette situation et que la réforme du droit de la preuve qu'il entend mener en 2017 répondra à certains constats posés dans le cadre du présent article.